خطأ القاضي وضمانه في الفقه الإسلامي والقانون

محمد أمين محمد المناسية*

أمين محمد سلام المناسية

ملخص

تناولت في هذا البحث"خطأ القاضي وضمانه في الفقه الإسلامي" عدة أمور، تحدثت فيها عما يأتي:

أولا : ضمان خطأ القاضي في النفس وما دونها، وتكلمنا فيه عن ضمان خطأ حكم القاضي في حقوق الله تعالى وحقوق العباد.

ثانيا: ضمان خطأ حكم القاضي في مسائل العرض والمال، وذكرنا فيه ما يتعلق فيها من ضمان جراء خطأ القاضي في حكمه في تلك المسائل.

ثالثا: ذكرت نماذج من أقوال أصحاب القانون في مساءلة القاضي عن خطئه، التي وجدت بعضها قد نص على مساءلة القاضي، والبعض الآخر لم ينص على ذلك.

الكلمات الدالة: خطأ القاضي، الفقه الإسلامي.

---

* **مديرية تربية لواء المزار الجنوبي، الكرك.**

تاريخ تقديم البحث: 2010/2/23. **تاريخ قبول البحث: 2010/10/20.**

© جميع حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، المملكة الأردنية الهاشمية، 2012.

Mohammad Amin Al-Manasyeh
Amin Mohammad Al-Manasyeh

Abstract

This paper grasps the "wrongs of the judge and his responsibility in Islamic jurisprudence" in different fields such as:

First: The responsibility of the judge in human beings and what is down of it. His responsibility about Allah's rights and human beings rights.

Second: responsibility of wrong judgments on dignity and properties ، I clarify all what is important in this matters.

Third: I mention the roles which deal with the responsibility of the judge ، some of them mention that others they did not mention.

مقدمة

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، وآله، ومن والاه، وبعد:

فإن مما تفتقر إليه كثير من الأبحاث الفقهية، قديما وحديثا، رد المسألة أو المسائل، محل البحث، إلى جذرها الأصولي الذي تنبثق منه، وتقوم عليه. وهذا ما جعل هذه الأبحاث تتسم بطابع "التفريع" على حساب طابع "التأصيل"، وجعلها تزج بكاتبها ومطالعها، على حد سواء، في متاهة "الجزئيات" التي لا تنتهي، من غير أن تردهما إلى معتصم جامع من "الكليات" الهادية إلى سواء السبيل.

ومن هنا، فقد قالها القرافي بصراحة: "كل فقه لم يخرج على القواعد فليس بشيء"[(1)].

ولئن كان الفقه القديم بكافة أطواره، إبتداء من فقه الفتاوى في عهد الصحابة والتابعين، رضوان الله تعالى عليهم، ومرورا بفقه المسائل كما هو عند أبي حنيفة ومالك، رحمهما الله

تعالى، ثم بفقه الكتب والأبواب كما هو عند الشافعي، رحمه الله تعالى، ومن بعـده، وإنتهـاء بفقه المتون والشروح والحواشي عند المتأخرين – أقول: لئن كان الفقه القديم، بكافة أطواره تلك قد نحا نحو العرض الفروعي للمادة الفقهية لأسباب تاريخية وإجتماعية وعلمية خاصة، فإن هذا لا يقتضينا، هذه الأيام، أن نسير على النهج نفسه.

ذلك أن البحث التشريعي في العالم أجمع، خطا من حيث الترتيب والتنظيم وربـط الجزئـي بالكلي، خطوات هائلة ومتقدمة، تقتضينا مواكبتها أن نطور من طريقة عرضنا للمادة الفقهيـة كي نلبس لكل عصر لبوسه، ونأخذ لكل شأن عدته، وإلا كنا كمن يقارع الـصاروخ بالـسيف، ويسابق الطائرة بالحصان. لهذا إن نحن أردنا: أن نساير تقـدم الـزمن، وأن نمـارس "التقـاط الحكمة" الذي نُدبنا إليه، وأن نتقدم بما لدينا من تشريع راقٍ وتراث خصب للناس جميعـا عـن طريق مخاطبتهم بما يعقلون[(2)].

وصياغة الفقه الإسلامي في "ثوب جديد" هو ثوب "النظريات الحقوقية العامة" – كما دعا إليه ومارسه بالفعل الأستاذ مصطفى الزرقاء رحمه الله تعالى[(3)]– ما هو، إلا خطوة أولى فقط نحـو "تجديد الفقه" الذي نصبو إليه. ولن نصل إلى موقع متقدم في هذا التجديد إلا بالإستثمار الـصحيح والفعال لـ "أصول الفقه" الإسلامي، ولا سيما في مجال "مسالك التعليل"، لـ "تقـصيد الفقـه"، أي للبحث عن المقاصد المصلحية للأحكام والأبواب الفقهية، وذلك على النحو الذي بدأ به الشيخ العلامة الطاهر بن عاشور، رحمه الله تعالى، في كتاب الفذ "مقاصد الشريعة"[(4)].

وما هذه الدراسة المعنونة بـ" **خطأ القاضي وضمانه في الفقه الاسلامي والقانون**" إلا خطوة في هذا الإتجاه، في مجال "نظرية الضمان في الفقه الإسلامي" خاصة. إذ إنها تحاول تحديد "مـا يترتب على خطأ القاضي من ضمان في الفقه الإسلامي ".

وقد جاءت دراستنا هذه في البحث على النحو الآتي:

تمهيد: وفيه فرعان:

الفرع الأول: موقع القاضي في مجال الضمانات

الفرع االمبحث الأول: صور خطأ القاضي في النفس وما دونها والعرض والمال

المطلب الأول: صور تحقق الخطأ في حكم القاضي في النفس وما دونها

المطلب الثاني: صور تحقق الخطأ في حكم القاضي في مسائل العرض

المطلب الثالث: صور تحقق الخطأ في حكم القاضي في مسائل المال

المبحث الثاني: ضمان خطأ حكم القاضي في الحقوق

المطلب الأول: ضمان خطأ حكم القاضي في حقوق الله تعالى

المطلب الثاني: ضمان خطأ حكم القاضي في حقوق العباد

الفرع الأول: ضمان خطأ حكم القاضي في النفس وما دونها

الفرع الثاني: ضمان خطأ حكم القاضي في مسائل العرض

الفرع الثالث: ضمان خطأ حكم القاضي في مسائل المال

المبحث الثالث: نماذج من أقوال أصحاب القانون في مساءلة القاضي عن خطئه

الفرع الأول: القانون الأردني

الفرع الثاني: القانون السوداني

الفرع الثالث: القانون المصري

الفرع الرابع: المقارنة بين الفقه والقانون الثاني: تعريف الخطأ والضمان لغة واصطلاحا

تمهيد: وفيه فرعان :

الفرع الأول: موقع القاضي في مجال الضمانات

موضوع الضمان، هو واحد من أهم الموضوعات التي عالجها فقهاء الشريعة الغراء، فقد أفاضوا في معالجة جزئياته، حتى تكونت منه نظريات عامة من نظريات الفقه الإسلامي، من ذلك مثلا، ضمان العقد، والضمان الناجم عن الاعتداء، وضمان المتلفات، والضمان في حالة الغصب، والضمان الناجم عن التفويت والتعييب والتغيير، وضمان اليد، وضمان الشرط، والضمان الناجم عن الحيلولة بين المال وصاحبه، وتضمين الغار ما تلف بسبب غروره وغير ذلك [5].

والمصدر الأساسي للضمان في الأحوال المتقدمة يكمن في أمرين :

أولهما : الضمان بناء على عقد ويدخل في ذلك الضمان بناء على إلزام الشخص نفسه بإرادته وحده.

وثانيهما : الضمان بناء على ترتب الضرر ذاته، سواء قام الضرر غير مستند إلى خطأ أو قام بسبب خطأ. فحيث يوجد إخلال بالعقد أو التعهد يوجد الضمان، وحيث يوجد الضرر يوجد الضمان.

ومن هذه الجزئيات التي عالجتها نظرية الضمان في الحال الثانية ما يترتب على القاضي عند اجتهاده في حقوق الله ، وحقوق العباد من ضمان ؛ إذ إن شريعة الله تعالى لم تترك أي حيثية في الدين الاسلامي إلا وضعت لها حلا إما جبرا وإما زجرا، ومن ذلك جور القاضي وخطؤه، فإن جار على الناس في حكمه ترتب عليه تحمل وزر نفسه لما ترتب عليه من آثام، وإن أخطأ في اجتهاده ولم يقصر وبذل قصارى جهده ووسعه في استقصاء ما يتعلق في المسألة من جميع جوانبها، كان له أجر ما اجتهد، وكان ضمان خطئه في بيت المال. بخلاف ما لو ثبت تقصير القاضى وقعوده عن التقصى فيما هو مطروح أمامه كان ضامنا لما أفسده بقضائه.

وإن أخطأ بسبب لا يرجع إليه وإنما يرجع إلى غيره كالشهود مثلا، تحملوا جميع العواقب الناتجة عن خطأ القاضي الذي كان بسببهم.

وهذا ما قرره القرآن الكريم والسنة النبوية في النصوص الآتية:

أولا: من القرآن الكريم:

1- دلالة قوله تعالى: ﴿ وَدَاوُودَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ ﴿٧٨﴾ فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ ۚ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا ۚ وَسَخَّرْنَا مَعَ دَاوُودَ الْجِبَالَ يُسَبِّحْنَ وَالطَّيْرَ ۚ وَكُنَّا فَاعِلِينَ ﴾(6)

تضمنت هاتان الآيتان التنويه بعلم داود وسليمان عليهما السلام والإشادة بقضائهما واجتهادهما من خلال حكمهما في الحرث وهو الزرع، وقيل الكرم، حين دخلت فيه غنم القوم الآخرين من غير أهل الحرث ليلاً وذلك معنى النفش: وهو الرعي ليلاً - فرعته وأفسدته، فرأى داود عليه السلام أن يدفع الغنم إلى أصحاب الحرث لسبب اقتضى عنده ترجيح ذلك، ولعلّه أن ثمن ذلك الغنم يساوي ثمن ما أتلف من ذلك الحرث، فكان ذلك عدلاً في تعويض ما أتلف، وأما حكم سليمان فرأى أن تدفع الغنم لأصحاب الحرث عاماً كاملاً كيما ينتفعوا من ألبانها وأصوافها ونسلها، ويدفع الحرث إلى أصحاب الغنم ليقوموا بعمارته، فإذا كمل الحرث وعاد إلى حالته الأولى رد إلى كل فريق ماله، فرجع داود إلى حكم سليمان لأنه أرفق، وإن كان قضاء داود متوجهاً، إذ الأصل في الغُرم أن يكون تعويضاً ناجزاً، وفي قوله تعالى: { فَفَهمنَاهَا سلَيمان} دليل على أن الأصوب كان مع سليمان، إذ أحرز أن يبقي ملك كل فريق على متاعه، كما تضمن مع العدل والتعويض البناء والتعمير، وفي قوله تعالى: {وكُلا آتَينَا حكْما وعِلْما} دليل أن اجتهاد كل منهما كان على الصواب، فهو احتراس من أن يفهم أن حكم داود عليه السلام كان جوراً.(7).

وفي هذه القصة إشارة إلى لون من ألوان اجتهادهما على أساس من العدل ودقة بالغة في فقه القضاء، كما دلت على تعدد طريق القضاء بالحق والتفاضل بين مراتب الاجتهاد (8).

2- قوله سبحانه: ﴿ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ ﴾ (9)

3- ومن الأدلة المشهورة قوله تعالى: ﴿ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِن نَّسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا ۚ ﴾ (10)

ثانيا: من السنة:

1- قوله- صلى الله عليه وسلم - : "إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه" (11)

قال الحافظ ابن رجب في شرحه لهذا الحديث (الخطأ: هو أن يقصد بفعله شيئاً فيصادف فعله غير ما قصده، مثل أن يقصد قتل كافر فصادف قتله مسلماً، والنسيان أن يكون ذاكراً الشئ فينساه عند الفعل، وكلاهما معفو عنه: يعني لا إثم فيه، ولكن رفع الإثم لا ينافي أن يترتب على نسيانه حكم، ولو قتل مؤمناً خطأ فإن عليه الكفارة والدية بنص الكتاب، وكذا لو أتلف مال غيره خطأ بظنه أنه مال نفسه..) إلى أن يقول: (والأظهر، والله أعلم أن الناسي والمخطئ إنما عفي عنهما بمعنى رفع الإثم عنهما لأن الإثم مرتب على المقاصد والنيات، والناسي والمخطئ لا قصد لهما فلا إثم عليهما) (12)

2- قوله - صلى الله عليه وسلم-: "إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر"(13)

3- حديث: "إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجة من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع فمن قضيت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار"(14).

ففي قوله: "فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار" دليل على عدم إثمه. وعدم الإثم دليل على أنه فعل ما أذن له فيه شرعا، ومن فعل ما أذن له فيه شرعا لم يضمن بنفسه وإن كان الضمان يلزم بالنظر إلى أنه حق للغير. لكنه لا يلزم في مال المباشر كما في دية قتل الخطأ، وقد ثبت بالحديث الأول أن للحاكم أجرا واحد إذا اجتهد فأخطأ. (15)

4- ما روي "أن رجلين أتيا عليا فشهدا على رجل أنه سرق فقطع يده، ثم أتياه بآخر فقالا: هذا الذي سرق وأخطأنا على الأول فلم يجز شهادتهما على الآخر وأغرمهما دية الأول وقال: لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعتكما"(16).

ثالثا: من المعقول:

أن جعل الضمان في مال القاضي يؤدي إلى نفرة الناس من القضاء، فتتعطل مصلحتهم ؛ لأن القاضي عرضة للخطأ لكثرة ما يقضي فيه. (17)

الفرع الثاني : تعريف الخطأ والضمان لغة واصطلاحا

أولاً : تعريف الخطأ لغة واصطلاحا :

الخطأ لغة: ضد الصواب، قال تعالى:﴿ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِۦ ﴾ (18) عداه بالباء لأنه في معنى عثرتم أو غلطتم، وأخطأ الطريق، عدل عنه، وأخطأ الرامي الغرض: لم يصبه.. والخطأ: مالم يتعمد، وقال الأموي: المخطيء: من أراد الصواب فصار إلى غيره، والخاطيء: من تعمد ما لا ينبغي والخطيئة الذنب على عمد، والخطء: الذنب في قوله تعالى: ﴿ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْـًٔا ﴾ (19) أي إثماً، وقال تعالى: فيما حكاه عن أخوة يوسف: ﴿إِنَّا كُنَّا خَٰطِـِٔينَ ﴾ (20) آي آثمين..) (21).

والخلاصة أن معنى الخطأ في اللغة: أن يريد ويقصد أمراً، فيقع في غير ما يريد، أما الخطء: فهو الإثم أو الذنب المتعمد والله أعلم.

أما معنى الخطأ في الاصطلاح: فهو قريب من المعنى اللغوي، قال الحافظ ابن رجب- رحمه الله -: (الخطأ: هو أن يقصد بفعله شيئاً فيصادف فعله غير ما قصده، مثل أن يقصد قتل كافر فصادف قتله مسلماً) (22)، وقال الجرجاني: (الخطأ وهو ما ليس للإنسان فيه قصد.. كما إذا رمى شخصاً ظنه صيداً أو حربيا فإذا هو مسلم..) (23).

ثانيا : تعريف الضمان لغة واصطلاحا :

الضمان لغة : هو الكفالة والغرامة. قال إبن منظور: "ضمن الشيء وبه ضمنا وضمانا: كفل به. وضمنه إياه: كفله... وضمنته الشيء تضمينا فتضمنه عني: مثل غرمته"(24).

أما في الاصطلاح : فمن خلال تتبع مصطلح "الضمان" في لسان الفقهاء يتضح – كما يقول الأستاذ علي الخفيف أحد رواد الكتابة في نظرية الضمان في الفقه الإسلامي – "أنهم يريدون به

على العموم: شغل الذمة بواجب يطلب الوفاء به إذا توافرت شروطه"[25]. أو بعبارة أخرى، "هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل"[26].

أما المعنى الخاص وهو الذي يجعله موازيا لـ: الالتزام الناشىء عن "الفعـل الـضار"، أو بالتعبير القانوني، "الفعل غيـر المـشروع"[27]، أو بتعبيـر بعـض الفقهـاء، "العـدوان" أو "التعدي"[28].

والضمان بهذا المعنى هو الذي عرف به الأستاذ الزرقاء حين قال: "الـضمان: هـو التـزام بتعويض مالي عن ضرر للغير"[29]. وكذا الدكتور الزحيلي حين قال: الـضمان: "هـو الالتـزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الـضرر الجزئـي أو الكلـي الحادث بالنفس الإنسانية"[30]، وبمعنى أكثر إيجازاً: إلزام بتعويض عن ضرر [31].

يظهر لنا مما سبق أن فقهاءنا المتقدمين والمعاصرين[32] عرفوا الضمان بتعريفـات كثيـرة ومختلفة، وقد اخترت التعريف التالي من تلك التعريفات، وهو: إلزام بتعويض عن ضرر[33].

وعلل صاحب هذا التعريف وجهة نظره في صحة هذا التعريف بما يأتي[34]:

1- أن سبب اختيار هذا التعريف هو لأن كلمة (إلزام) تشتمل القوة بإلزام الشرع شخصا ضـر غيره بتعويضه؛ ذلك لأن الإلزام لا يكون إلا من حاكم، والحاكمية لله وحده.

2- أن كلمة (بتعويض) توحي أن هناك خللا حصل، وضررا حدث، وعلى قاعدة (الـضرر يزال) فيجب إزالة الضرر أو ترميم آثاره، وهذا الترميم يكون إما بإعطاء المثل، وحينئـذ كأن الضرر لم يحدث؛ لأن المثليات يقوم بعضها مقام بعض، وإما بإعطاء القيمـة، فـإذا كان التالف قيميا وأعطينا القيمة، فحينئذ يستطيع المضرور أن يشتري بالقيمة مثل ما تلف منه.

3- أن كلمة (ضرر) شاملة لكل أنواع الضرر: الكلي والجزئي، ضرر بـالنفس أو بالمـال أو بالمنافع. وطلب التعويض عن الضرر لا يكون إلا إذا أضر الإنسان غيره، فـالتعريف إذن واضح موجز.

المبحث الأول: صور خطأ القاضي في النفس وما دونها والعرض والمال

ويشتمل على عدة مطالب وهي كما يأتي:

المطلب الأول : صور تحقق الخطأ في حكم القاضي في النفس وما دونها

يتحقق خطأ حكم القاضي في النفس وما دونها في عدة صور:

1- الجهل بأسباب الحكم وشروطه وموانعه، وهذا يعلم بالحس أو الخبر أو العادة، ومتى أخطأ القاضي في واحد من هذه الأمور أخطأ في الحكم، مثال ذلك: إذا قضى بالقتل على من لـم يقتل، أو حكم بقتل الوالد بولده[35]. ومن ذلك أيضا:

أ - الحكم بشهادة من لا يصح الحكم بشهادته كمردود الشهادة، ولم يكـن هنـاك شـهود تزكية[36].

ب- ورود الخطأ على القاضي من جهة تقصيره في تنفيذ الحكم أو تعديه فيه إذا كان هـو المستوفي له بنفسه، كما لو أقام الحد على حامل، أو زاد سوطا خطأ في حد أو تعزير، أو جهلا منه[37].

2- وقد يلحقه الضمان بسبب سوء التنفيذ وإن لم يكن هو المنفذ، وذلك حال ما إذا كان التنفيـذ مبنيا على حكمه والمنفذ جاهلا بخطأ القاضي[38].

المطلب الثاني: صور تحقق الخطأ في حكم القاضي في مسائل العرض

إذا حكم القاضي بالاجتهاد ثم بان له الخطأ في حكمه، وأنه خالف قطعيا كنص كتـاب، أو سنة متواترة، أو اجماع، أو ظنا محكما بخبر الواحد، أو بالقيـاس الجلـي، أو بقاعـدة مـن القواعد، وكان الجميع سالما من المعارض الراجح، فيلزمه نقض حكمه[39].

صور خطأ القاضي في حكمه على العرض:

1- إذا قضى القاضي بصحة نكاح بغير ولي كان قد فسخه هو أو غيره؛ لكونه علـى خـلاف الدليل، وهو قول النبي ﷺ : "أيما امرأة نكحت بغير إذن مواليها فنكاحهـا باطـل "ثـلاث مرات" فإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها فإن تشاجروا فالسلطان ولي مـن لا ولـي له[40]. وهذا عند غير الحنفي[41].

2- إذا أخطأ في قضائه بأن ظهر أن الشهود كانوا عبيدا أو محدودين في قذف أو كافرين، سواء كان ذلك في الزواج أو الطلاق، نقض حكمه وأبطله لأنه تبين أن قضاءه كان قضاء باطل[42].

3- إذا ادعت امرأة على زوجها قذفا، وجحده الزوج، فأقامت عليه بينة بذلك، وأمر القاضي الزوج بأن يلاعنها، فأبى أن يفعل، وقال : لم أقذفها وقد شهدوا علي زورا، فأجبره القاضي على الملاعنة فلاعن، وفرق القاضي بينهما ثم ظهر أن الشهود عبيد أو محدودون في قذف، أو بطلت شهادتهم بوجه من الوجوه، فإن القاضي يبطل اللعان الذي كان بينهما ويبطل الفرقة، ويرد المرأة إلى زوجها ؛ لأنه تبين أنه قضى بغير حجة، والقضاء بغير حجة باطل مردود[43]

4- لو قضى بصحة نكاح المفقود زوجها بعد مضي أربع سنين ومدة العدة ؛ فالأشهر نقضه عند الشافعية لمخالفته القياس الجلي ؛ لانه يجعل حيا في المال، فلا يقسم بين ورثته، فلا يجعل ميتا في النكاح. [44].

5- لو حكم القاضي بصحة نكاح الشغار ؛ فهو باطل لمخالفته النص[45].

6- لوقضى القاضي بحصول الفرقة في اللعان بما دون الكلمات الخمس ؛ فإنه مخالف لنص القرآن والسنة، فإن الوارد فيهما أنه خمس مرات، والحكم بخلاف النص باطل[46].

7- إذا كانت المرأة محرمة بالعدة أو الردة أو الرضاع، أو القرابة، أو المصاهرة، فقضى القاضي بصحة النكاح في هذه الحالة، مع عدم علمه بذلك فإن ذلك يعتبر من باب الخطأ في حكمه على العرض [47].

المطلب الثالث: صور تحقق الخطأ في حكم القاضي في مسائل المال

يمكن إجمال صور خطأ القاضي في الحكم في الأمور الآتية:

1- الخطأ في الحكم نفسه:

فلو حكم القاضي خطأ بخلاف الكتاب أو السنة أو الإجماع – اتفاقا – أو حكم بخلاف القياس الجلي – عند المالكية والشافعية – أو حكم بخلاف القواعد عند المالكية وحدهم، فهذا خطأ موجب لرد حكمه(48).

مثال الخطأ فيما خالف القرآن:

كأن يحكم بمساواة البنت، أو الأخت الشقيقة، أو الأخت لأب لأخيها في الميراث، فهو مخالف لقوله تعالى: ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ ﴾ (49)

ومثال ما خالف السنة:

كأن يحكم بتوريث العمة، أو الخالة مع وجود أصحاب الفروض أو العصبة، أو بتوريث المولى الأسفل، أو أن يحكم بجريان التوارث بين المسلم والكافر، أو أن يحكم على من وجد عين ماله أسوة بالغرماء.

ومثال مخالفة الإجماع:

كأن يحكم بأن الميراث كله للأخ دون الجد، لأن الأمة فيه على قولين فحصل الإجماع على وجود قولين فيه: القول الأول اختصاص الجد بالميراث، والقول الثاني: مقاسمة الأخ له، ولم يقل أحد باختصاص الأخ وحرمان الجد (50).

فكل هذه الأمور تعتبر من باب الخطأ – إذا لم يتعمد القاضي فيها الجور – فهي باطلة؛ لأن القضاء بخلاف النص والإجماع قضاء باطل، وهو جهل من القاضي، ولا ينبغي أن يمنعه الاستحياء من الناس عن الرجوع الى الحق، فإن مراقبة الله تعالى في ذلك خير له؛ ولأن شرط الاجتهاد في الحكم عدم مخالفة النص أو الإجماع بدليل خبر معاذ رضي الله عنه حين بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن، ولأنه إذا ترك الحكم بالكتاب، أو السنة، أو الإجماع، فقد

فرط، فهو خطأ يجب نقضه، سواء تبين ذلك للقاضي بنفسه أن ما حكم به مخالف للدليل، أو لمن جاء بعده من القضاة، ولو كان القاضي الأول قد اشتهر بالعدالة، لأن الخطأ لا يقر[51].

مثال ما خالف القياس الجلي:

وهو ما قطع فيه بنفي الفارق أوضعفه، كقياس الأمة على العبد في التقويم على مـن أعتـق نصيبه منه، من أحد الشريكين وهو موسر.أو حكم بقبول شهادة الكافر فيما لا يجوز قبولها فيه، فإن الحكم بشهادته في ذلك مخالف للقياس؛ لأن الفاسق لا تقبل شهادته، والكافر أشد منه فـسوقا وأبعد عن المناصب الشرعية في مقتضى القياس [52].

أو حكم بصحة نكاح المفقود زوجها بعد مضي أربع سنين ومدة العدة :لمخالفته القياس الجلي؛ لأنه جعل حيا في المال، فلا يقسم بين ورثته، فلا يجعل ميتا إلا في حق النكاح [53].

مثال ما خالف القواعد:

كأن يحكم ببينة نافية دون المثبته، فالقواعد الشرعية تقدم البينة المثبتة على البينة النافية.

وكذا الحكم بصحة لزوم الطلاق في (المسالة السريجية) وهي: ما إذا قال لزوجته إن طلقتـك فأنت طالق قبله ثلاثا، أو متى ما طلقتك وقع عليك طلاقي قبله ثلاثا، فإذا وقع الطلاق تحقق قبله ثلاثا، فلم يجد محلا وكل شيء أدى ثبوته الى انتفائه ينتفي قطعا، فلا يلزمه طلاق اصلا، فهـذا مخالف لقاعدة أن الشرط لا بد أن يجامع المشروط وإلا ألغي، وحينئذ فقوله :قبلـه كالعـدم، لا يعتبر فهو ملغى لأجل أن تحصل المجامعة، فإذا كان الشرط لا يصح اجتماعه مع مشروطه، فلا يصح أن يكون في الشرع شرطا[54]

وإن حكم القاضي بالظن والتخمين من غير قصد الى الاجتهاد في الأدلة، فإن ذلك من أكبـر الأخطاء؛ لأن الحكم بالتخمين فسق وظلم وخلاف للحق؛ فيجب عليه نقضه، وكذلك يجب علـى غيره من القضاة نقضه إذا اطلع عليه وثبت عنده وكذلك حكم القاضي الجاهل حتـى ولـو كـان يعتمد على مشاورة العلماء يعتبر حكمه خطأ؛لأنه ولو عرف الحق بسؤال العلماء فقد لا يعـرف إيقاعه؛ لأن الحكم يحتاج الى زيادة نظر في البيئة وغيرها من أحـوال المتـداعين ؛إذ القـضاء صناعة دقيقة لا يهتدي إليها كل الناس[55].

قلت: بأن الأجر للحاكم المخطئ، إذا كان أهلا للاجتهاد، وأما من كان غير أهل للاجتهـاد، وتصدى للقضاء والفتيا، فلا يعذر بالخطأ، وعليه الوزر.

واعترض بأنه كيف يصح تولية الجاهل مع أن شرط صحة تولية القاضي العلم ؟ وأجيب بأنه قد يولى الجاهل لعدم وجود العالم حقيقة أو حكما كمرضه أو سفره [56].

2- الخطأ في طرق الحكم :

وذلك فيما إذا حكم القاضي بشهادة غير مقبولة، كما لو حكم بشهادة عدو على عدوه، أو حكم بشهادة الوالد لولده، أو العكس وهو لا يرى قبول شهادتهما، أو حكم القاضي نفسه على عدوه[57]

3- الخطأ في سبب الحكم:

كأن يحكم ببينة مزورة، فيكون الخطأ حينئذ في السبب حيث إنه رتب الحكم – وهو المسبب- على سبب غير صحيح، كما لو حكم بالبيع على من لم يبع، أو القتل على من لم يقتل، أو الطلاق على من لم يطلق، أو الدين على من لم يستدن، فهذا قضاء على خلاف الأسباب فإذا اطلع عليه وجب نقضه عند الكل إلا قسما منه خالف فيه أبو حنيفه – رحمه الله – وهو ما كان فيـه عقـد صوري أو فساد[58].

المبحث الثاني: ضمان خطأ حكم القاضي في الحقوق

المطلب الأول: ضمان خطأ حكم القاضي في حقوق الله تعالى

إذا كان الخطأ متعلقاً بحقوق الله تعالى، كرجم الزاني، وقتل المرتد، وقطع يـد الـسارق، وجلد شارب الخمر، وحد القذف عند الحنفية، فقد اتفق الفقهاء على أنه لا قصاص على القاضي لأنه مخطئ[59]، ولكنهم اختلفوا في وجوب الضمان ومحله على قولين:

القول الأول: يجب الضمان على القاضي

وهو مذهب الحنفية فيما عدا الجلد، والمشهور عند المالكية، ومذهب الشافعية والحنابلة[60]، إلا أنهم اختلفوا في محل الضمان هل هو على القاضي وعاقلته، أو على بيـت المـال، وفيـه اتجاهان:

الاتجاه الأول:

يجب الضمان على القاضي ويرجع بما ضمن على بيت مال المسلمين، وليس على القاضي في ماله شيء، وهذا مذهب أبي حنيفة وهو أحد قولي الشافعية فيما إذا لم يظهر من القاضي تقصير، وإلا فالضمان على عاقلته إن قصر، وهو إحدى الروايتين عن أحمد وهي المذهب وعليها أكثر أصحابه، أما الكفارة فقيل: إنها في بيت المال، وقيل: إنها في مال القاضي الخاص ولا يتحملها بيت المال[61].

الاتجاه الثاني:

يجب الضمان على القاضي وتجب الدية على عاقلته إذا كان مما تحمله العاقلة، وإلا ففي مال القاضي خاصة، وبه قال أبو يوسف ومحمد من الحنفية[62]، وهو المشهور في مذهب مالك[63]، واستثنى المالكية من ذلك ما لو كان نقض الحكم هنا بسبب اعتماد القاضي على شهادة مردودة، وقد علم الشهود أن أحدهم مردود الشهادة، فهنا يجب الضمان على الشهود وحدهم[64]، وعللوا ذلك بأن الشهود في حالة علمهم بعدم صلاحية شهادتهم أو أحدهم، فإن مسؤولية الاتلاف تقع عليهم، لوجود التفريط منهم بخلاف ما لو جهلوا ذلك.

ونوقش هذا التعليل بأن تضمين الشهود في هذه الحال لا وجه له لأنهم مقيمون على صدقهم في الشهادة ولم يظهر ما يدل على كذبهم، أو رجوعهم، وإنما الشرع هو الذي منع من قبول شهادتهم[65]، أما الكفارة عن القتل فهي واجبة على القاضي ولا تتحملها العاقلة[66].

القول الثاني: لا يجب الضمان على القاضي:

وهو قول غير مشهور عند المالكية[67] فيما إذا كان الخطأ نتيجة الاعتماد على شهادة مردود الشهادة، وهو قول أبي حنيفة في الجلد فقط سواء ترتب عليه تلف نفس أو عضو أو لم يترتب عليه، وعند الصاحبين هو هدر إذا لم يترتب عليه تلف نفس أو عضو[68].

أدلة الأقوال:

أدلة الاتجاه الأول للجمهور: وهم القائلون بوجوب الضمان في خطأ القاضي، ورجوعه على بيت المال:

1- ما ثبت عن ابن عمر ﷺ قال: "بعث النبي صلى الله عليه و سلم خالد بن الوليد إلى بني جذيمة فدعاهم إلى الإسلام فلم يحسنوا أن يقولوا أسلمنا فجعلوا يقولون صبأنا صبأنا فجعل خالد يقتل منهم ويأسر ودفع إلى كل رجل منا أسيره حتى إذا كان يوم أمر خالد أن يقتل كل رجل منا أسيره فقلت والله لا أقتل أسيري ولا يقتل رجل من أصحابي أسيره حتى قدمنا على النبي صلى الله عليه وسلم فذكرناه فرفع النبي صلى الله عليه و سلم يديه فقال (اللهم إني أبرأ إليك مما صنع خالد). مرتين "[69].

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ لم يضمن خالداً ﷺ ما وقع فيه من خطأ، بل تبرأ من خطئه، وتحمل دية القتلى من عنده، وهذا وإن لم يكن في القضاء إلا أن الحكم واحد بجامع أن كلا من القاضي والقائد مسؤول عن تصرفه، وعملهما يعود لعموم المسلمين، وقد بوب البخاري لهذا الحديث: "إذا قضى الحاكم بجور أو خلاف أهل العلم فهو رد " [70] فدل ذلك على أن الضامن اللازم بخطأ القاضي هو في بيت مال المسلمين، وليس على العاقلة ولا هو هدر.

2- استدلوا أيضا بما أخرجه البخاري[71] عن عطاء عن ابن عباس ﷺ{ ولا تقولوا لمن ألقى إليكم السلام لست مؤمنا }. قال قال ابن عباس كان رجل في غنيمة له فلحقه المسلمون فقال السلام عليكم فقتلوه وأخذوا غنيمته فأنزل الله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا ضَرَبۡتُمۡ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ فَتَبَيَّنُواْ وَلَا تَقُولُواْ لِمَنۡ أَلۡقَىٰٓ إِلَيۡكُمُ ٱلسَّلَٰمَ لَسۡتَ مُؤۡمِنٗا تَبۡتَغُونَ عَرَضَ ٱلۡحَيَوٰةِ ٱلدُّنۡيَا فَعِندَ ٱللَّهِ مَغَانِمُ كَثِيرَةٞۚ كَذَٰلِكَ كُنتُم مِّن قَبۡلُ فَمَنَّ ٱللَّهُ عَلَيۡكُمۡ فَتَبَيَّنُوٓاْۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِمَا تَعۡمَلُونَ خَبِيرٗا ﴾ [72] وفي غير البخاري: وحمل رسول الله صلى الله عليه وسلم ديته إلى أهله ورد عليه غنيماته. [73]

واستدلوا بالمعقول بما يأتي:

قالوا: القاضي يعمل لعامة المسلمين، لأن المصلحة المترتبة على ما يفعله تعود عليهم، فهو نائب عنهم ؛ فيكون خطؤه عليهم، يؤدى من بيت مالهم، كالوكيل خطؤه في حق موكله عليه[74].

وقالوا : القاضي تصرفاته وحكوماته كثيرة، وينشأ عن هذا كثرة خطئه، وإيجاب ضمان ما يخطأ فيه في ماله أو على عاقلته يلحق بهم ضررا كثيرا، ويوقع في الحرج والمـشقة، وهمـا منفيان شرعا، وقد يؤدي ذلك إلى نفور المؤهلين للقضاء عن الدخول فيـه فتتعطـل الأحكـام، فاقتضى ذلك أن يخفف عن القاضي بجعل خطئه في بيت مال المسلمين، ولهذا المعنى جعلت دية القتل الخطأ على العاقلة(75).

ودليل إيجاب الكفارة عن قتل القاضي خطأ في بيت المال، قالوا: لأنها تكثر لكثـرة الوقـائع التي يخطئ فيها القاضي فأشبهت الدية، فتكون في بيت المال، ولو وجبت في مـال القاضـي لأجحفت به(76)، واستدل من أوجبها في مال القاضي بأن الكفارة لا تحملها العاقلة بحال فكانـت في مال القاضي(77).

أدلة الاتجاه الثاني للجمهور: وهم القائلون بتضمين القاضي في ماله أو على عاقلته:

1- أن عمر ﷺ أرسل إلى امرأة مغيبة(78) كان يدخل عليها فأنكر ذلك فأرسل إليها فقيـل لهـا أجيبى عمر فقالت يا ويلها ما لها ولعمر فبينا هى فى الطريق فزعت فضربها الطلق فدخلت دارا فألقت ولدها فصاح الصبى صيحتين ثم مات فاستشار عمر أصحاب النبى - صلى الله عليه وسلم - فأشار عليه بعضهم أن ليس عليك شىء إنما أنت وال ومؤدب وصمت علـي فأقبل على علي فقال ما تقول؟ قال إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم، وإن كانوا قـالوا فى هواك فلم ينصحوا لك أرى أن ديته عليك فإنك أنت أفزعتها وألقت ولدها فى سببك فأمر عليا أن يقسم عقله على قريش يعنى يأخذ عقله من قريش لأنه خطأ(79).

وجه الاستدلال: أن عمر ﷺ جعل الدية الموجبة عليه على عاقلته، ولو كان محلهـا بيـت المال لم يقسمها على قومه(80)، ونوقش بضعف هذا الأثر ؛ فهو منقطع(81).

2- قالوا : التلف الحاصل هنا قد نتج عن خطأ القاضي فتحمله عاقلته، كما لو حصل ذلك منه في غير الحكم والقضاء، ويمكن مناقشته بأن قياس خطأ القاضي في الحكم على خطئه في غيره لا يصح؛ لوجود الفارق؛ ولأن القاضي في قضائه يعمل لعامة المسلمين، وتـصرفه فيما لم يكن من قبيل القضاء ليس للمسلمين مصلحة فيه، أما تعليل كون الكفارة في مالـه الخاص، لأن العاقلة لا تحمل الكفارة في محل الوفاق فكذلك ههنا(82).

أدلة القول الثاني:

قالوا: إن القاضي قد فعل الذي عليه ولم يخطئ في نفس الحكم فلا تبعة عليه[83]، واستدل أبو حنيفة بعدم الضمان بالجلد بأن الجراحة والإتلاف الحاصلين بالجلد ليسا من موجب القضاء؛ لأن القاضي إنما قضى بجلد غير جارح ولا متلف، فلا يمكن إيجاب الضمان عليه، ولا في بيت المال ؛ لأنه إنما يجب في بيت المال ما كان واجبا بقضاء القاضي إذا تبين فيه الخطأ[84]، واستدل أبو يوسف، ومحمد على عدم تضمين القاضي في الجلد الذي لم يترتب عليه تلف بأنه خطأ باجتهاد ولم يترتب عليه هلاك ولا تلف فصار غير مضمون، أما إذا ترتب عليه هلاك وجرح فالدية وأرش الضرب على بيت المال[85].

مناقشة أدلة القول الثاني:

قالوا: إن تضمين القاضي هو من باب خطاب الوضع وليس من باب خطاب التكليف ؛ فهو وإن رفع عنه الإثم لخطئه إلا أن الضمان باق عليه بسبب إتلافه؛ إذ الإتلاف سبب للتضمين[86].

وقالوا: إن الخطأ حصل بسبب تفريط القاضي فكان ضمانها عليه، ولا فرق بين الجلد وغيره، فالمهم أنها جناية حصل بها ضرر فكانت مضمونة عليه[87].

الترجيح:

الذي يترجح من القولين بعد عرض الخلاف هو قول الجمهور بضمان خطأ القاضي، لما ذكروه من الأدلة والتوجيهات، كما أن الراجح من قولي الجمهور القول بأن الدية وكذا الكفارة محلها بيت المال، لقوة ما استدلوا به، فإن القاضي وهو يمارس وظيفة القضاء يعمل لصالح من في ولايته، فيكون خطؤه عليهم يدفع من بيت مالهم، ولا يجوز الإضرار بالقاضي وعاقلته بتحميلهم الدية؛ لأن القاضي محسن وما على المحسنين من سبيل.

المطلب الثاني: ضمان خطأ حكم القاضي في حقوق العباد وفيه عدة فروع:

الفرع الأول: ضمان خطأ حكم القاضي في حقوق العباد (كالحكم بالقود في بالنفس) اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: الضمان على المحكوم له.

وهو مذهب الحنفية[88] والمذهب عند الحنابلة[89] وقد استدلوا بما يأتي:

قالوا: حكم القاضي جاء في صالح المحكوم له، فيكون خطؤه عليه لأن الغرم يقابل الغنم؛ أخذا بقاعدة الخراج بالضمان[90].

ويمكن مناقشته: بأن المحكوم له لم يتسبب في وقوع الخطأ حتى يضمنه، بل هو يعتقد أنه مستحق لما هو مطالب به، كما أنه لم يحصل في يده شيء حتى يطالب برده أو ضمانه، وإنما هو إتلاف وقع بخطأ القاضي وسلطته[91].

القياس على ما لو كان الحق المحكوم به مالا فإن الحكم لو نقض بسبب خطأ القاضي ضمنه المحكوم له، فكذلك فيما لو كان حق المحكوم به عقوبة يرجع الحق فيها للآدمي[92].

ونوقش بأن القياس هنا قياس مع الفارق؛ لأن المحكوم له بالعقوبة لم يحصل بيده شيء حتى يكلف برده أو ضمانه وإنما هو إتلاف وقع بخطأ القاضي، بخلاف المحكوم له بمال فإنه قد حصل في يده مال المحكوم عليه بغير حق، فيطالب برده أو ضمانه[93]، قال ابن قدامة: "والفرق بين المال والإتلاف: أن المال إن كان باقيا وجب رده إلى صاحبه لأن كل واحد أحق بماله، وإن كان تالفا وجب ضمانه على آخذه لأنه أخذه بغير إذن صاحبه ولا استحقاق لأخذه، أما الإتلاف فإنه لم يحصل به في يد المتلف شيء يرده ولم يمكن تضمينه لأنه إنما أتلف بحكم الحاكم وتسليطه عليه وهو لا يقر بعداوته بل يقول: استوفيت حقي ولم يثبت خلاف دعواه"[94].

القول الثاني: يتحملها القاضي: وهو مذهب المالكية والشافعية وقول عند الحنابلة، لكن المالكية استثنوا ما لو كان نقض الحكم هنا بسبب اعتماد القاضي على شهادة مردودة، وقد علم الشهود أن أحدهم مردود الشهادة، فهنا يجب الضمان على الشهود وحدهم[95].

وقد استدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

إن القاضي هو سبب الإتلاف فكان من واجبه أن يتفحص ويتثبت، فيكون الضمان عليه، وهذا نظير ما لو كان المستوفى حقا لله تعالى ؛ فإن ضمانه على القاضي[96].

ويمكن مناقشته بأن القاضي لم يعمل شيئا لنفسه بل عمله للمحكوم له، وإذا عمله فكأنه هو الذي فعل بنفسه، والقاضي ممكن لا غير، وهذا بخلاف ما لو كان المستوفى حقا لله تعالى، لأنه في تلك الحال لا يوجد غير القاضي يتحمل مسؤولية الخطأ[97].

ويمكن دفع المناقشة بمنع قصر عمل القاضي على التمكين وحده، بل يتجاوز ذلك إلى كونه تسبب في الإتلاف بخطئه، والمحكوم له - وإن كان استوفى العقوبة- إلا أنه لم يحصل في يده شيء حتى يطالب برده أو ضمانه، وهو يعتقد أنه استوفى حقه[98].

ويمكن التعليل لاستثناء المالكية بأن الشهود في حال علمهم بعدم صلاحية شهادتهم، فإن مسؤولية الاتلاف تقع عليهم، لوجود التفريط منهم بخلاف ما لو جهلوا ذلك، ويمكن مناقشته بأن تضمين الشهود في هذه الحال لا وجه له ؛ لأنهم مقيمون على صدقهم في الشهادة ولم يظهر ما يدل على كذبهم أو رجوعهم، وإنما الشرع هو الذي منع من قبول شهادتهم، فلا يتجه تحميلهم مسؤولية الإتلاف[99]

القول الثالث: إذا استوفى المدعي العقوبة بنفسه فالضمان عليه، وإذا باشر القاضي، أو فوضه إلى غيره بإذنه فالضمان على القاضي:

وبهذا القول قال بعض الشافعية [100] ويفهم من تفصيله: أن مستنده هو أن الضمان يتعلق بمن يباشر الاستيفاء من القاضي أو المدعي.

ونوقش بأن استيفاء العقوبة هو بأمر القاضي في الحالين[101].

الترجيح:

يترجح بعد عرض الخلاف في المسألة مع الأدلة القول بأن الدية أو الأرش يتحملها القاضي، لأنه المتسبب في الإتلاف، ويكون محلها في بيت مال المسلمين؛ لما سبق تعليله فيما لوكانت العقوبة حقا لله تعالى، فكذلك إذا كانت العقوبة المحكوم بها حقا للآدمي؛ لأن القاضي يعمل لعامة المسلمين فيكون خطؤه عليهم، ويدفع من بيت مالهم، ولا تكون الغرامة في ماله أو على عاقلته؛ لما يشتمل عليه من الإجحاف والإضرار بهم، ولا سيما مع تكرر الخطأ من القاضي بسبب كثرة القضايا.

الفرع الثاني: ضمان خطأ حكم القاضي في مسائل العرض

الملاحظ أن بعض الصور التي وقع فيها خطأ القاضي في مسائل العرض مختلف فيها بين الفقهاء، بناء على خلافهم فيما ينقض من أحكام القاضي وما لا ينقض؛ فقد اتفقوا على نقض ما خالف النص أو الإجماع.

واختلفوا فيما خالف القياس الجلي والقواعد؛ فذهب المالكية والشافعية إلى نقض مـا خـالف القياس الجلي، وانفرد المالكية بنقض ما خالف القواعد، ثم إن الفقهاء مع اتفاقهم على نقض حكم القاضي إذا خالف الصواب، إلا أنهم اختلفوا في بعض التطبيقات على ذلك؛ لأن المسائل الفرعية يدخلها الاجتهاد، والمعروف عندهم أن الاجتهاد لا ينقض بمثله[102].

فإن ترتب على خطأ القاضي حق مالي فالضمان على المحكـوم لـه إلا أن يكـون معـسرا فالضمان على القاضي، وفي محله قولان: قيل في ماله الخاص، وقيل في بيت المال، وإذا كان خطأ القاضي مبناه على شهادة الزور، فإن الضمان يكون على الشهود، فلـو حكـم القاضـي بالتفريق بين الزوجين بناء على شهادة شاهدين ظاهرهما العدالة، بأن الزوج طلق زوجته، وهما كاذبان في باطن الأمر، فالضمان على شاهدي الزور. وكذا إذا شهد رجلان على رجل بنكـاح امرأة بصداق ذكراه، وشهد آخران بدخوله بها، ثم رجعوا بعد الحكم عليـه بـصداقها، فعلـى شهود النكاح الضمان، لأنهم الزموه المسمى، وقيل عليهم النصف وعلى الآخـرين النـصف، لأنهما قرراه وشاهدا النكاح أوجباه[103].

وكذا إذا شهدا على رجل أنه طلق امرأته، فقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا، فـإن كـان الطلاق قبل الدخول وكان المهر مسمى، ضمنا للزوج نصف المهر الذي حكم القاضي به عليه، لأن شهادتهما بالطلاق تؤكد الواجب عليه على وجه لا يحتمل السقو[104]، ولا إثم على القاضـي في هذه الصور.

الفرع الثالث: ضمان خطأ حكم القاضي في مسائل المال

إذا حكم القاضي على انسان بمال ثم تبين خطؤه في حكمه، فلا يخلو الحال من أمرين:

الأول: أن يمكن تتميم الحكم وتصحيحه فحينئذ يتمم ويكون صحيحا واجب النفاذ. وذلك فيما لو أن رجلين شهدا على رجل بمال أو ما يؤول إليه لرجل فحكم القاضي بشهادتهما ثم تبين أن أحد الشاهدين كان كافرا، أو فاسقا، أو صبيا، أو عبدا، أو ممن لا تجوز شهادته، فيحلف المحكوم له مع الشاهد الآخر تكميلا للبينة ويعطى المال، ويكون الحكم صحيحا، فإن لم يحلف أخذ المـال منه إن حلف المحكوم عليه برد شهادة العدل، فإن نكل المحكوم عليه فلا شيء له[105]. أما إذا لم يمكن تتميم الحكم أو تصحيحه فإما أن يكون المال قائما أو هالكا.

الحالة الأولى: أن يكون المال قائما:

إذا حكم القاضي على شخص بمال، ثم تبين خطؤه في الحكم، وكان المال لا يزال قائما بيد المحكوم له، فيجب على القاضي نقض حكمه، ورد المال للمحكوم عليه؛ لأن قضاءه وقع باطلا لتبين انتفاء شرط الحكم، فلم يصادف محلا، وفي الإمكان رد عين المقضي بـه، فيلزمـه رده لقول النبي صلى الله عليه وسلم: (على اليد ما أخذت حتى تؤديه)[106] ولأنه عين مال المحكـوم عليه، ومن وجد عين ماله فهو أحق به.

الحالة الثانية: أن يكون المال هالكا:

إذا حكم القاضي على شخص بمال، ثم تبين خطؤه، وكان المال هالكا فالضمان على المقضي له، على ما صرح به كثير من الفقهاء : فيرجع عليه ببدل المال: لأن القاضي إنما كـان عملـه لمصلحته، فكان خطؤه عليه ليكون الخراج بالضمان؛ لأن القاضي إذا عمل لمصلحة المحكوم له فاستفاد منه، فكأنه هو الذي فعل بنفسه؛ لأن المال إذا كان تالفا وجب ضمانه على آخذه، لأنـه أخذه بغير إذن صاحبه، ولا استحقاق لأخذه[107].

والدليل على تضمين المحكوم له ما أخذ:

1- أن الحكم قد انتقض فيجب ان يرجع الحق الى مستحقه.
2- أن القاضي عمل لمصلحة المحكوم له، فكان خطؤه عليه ليكون الخراج بالضمان.
3- لأن القاضي إذا عمل للمحكوم له، فكأن المحكوم له هو الذي عمل بنفـسه فيجـب عليـه الضمان.
4- أن المحكوم له أخطأ باستيفائه المحكوم به، فاعتبر متلفا مباشرا يجب عليه ضمانه.
5- لأن المحكوم له أخطأ في أخذه المال بغير إذن صاحبه، ولا استحقاق لأخـذه وإذا تعـذر استيفاء عوض المال من المحكوم له إن ظفر به موسر[108] وفي محـل الـضمان قـولان، قيل:في مال القاضي خاصة، وقيل: في بيت المال كالخطأ في سائر حقوق العباد[109].

أما إذا كان خطأ القاضي مبناه على الاجتهاد فهو هدر، قال ابن فرحون في منزل حبس على المساكين، فرفع الى القاضي فجهل وباعه وفرق ثمنه على المساكين ثم رفع الى قاض غيـره:

أرى أن يفسخ البيع، ويرد المنزل حبسا كما كان، ويدفع ثمنه للمشتري من غلة الحبس، ولا شيء على القاضي؛ لأن خطأ السلطان في الأموال على الاجتهاد هدر.[110]

ومما سبق من أقوال الفقهاء يتبين لنا أن خطأ القاضي إذا اجتهد في الحكم وأخطأ من غير عمد في أحكامه التي يتناول الأمور المالية، فلا ضمان ولا مسؤولية عليه لأنه خطأ، ولقوله صلى الله عليه وسلم: (إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر) [111].

ولأن القاضي لو حوسب على أخطائه فإن الإقبال على تولي القضاء سيتوقف أو يقل: فيؤدي إلى تعطل مرفق القضاء، وفي هذا ضرر كبير على المجتمع واستقراره وأمنه.

المبحث الثالث: نماذج من أقوال أصحاب القانون في مساءلة القاضي عن خطئه

المطلب الأول: القانون الأردني

دعوى المخاصمة أو دعوى التعويض التي يرفعها الخصم المتضرر على القاضي لسبب من الأسباب لم يتطرق إليها القانون الأردني.

وبالتالي لم ينص قانون أصول المحاكمات الأردني على مسؤولية القاضي عن خطئه، كما فعلت بعض القوانين العربية الأخرى[112]

أما مسألة نقض أحكام القاضي فقد نصت الفقرة (2) من المادة (176) من قانون أصول المحاكمات المدنية بقولها: "يجوز استئناف الأحكام الصادرة في المواد المستعجلة أيا كانت المحكمة التي أصدرتها، وبت المحكمة المختصة بهذا الاستئناف بقرار لا يقبل أي طريق من طرق الطعن".

وفي القانون الوضعي يتمتع القضاة وأعضاء النيابة العامة من الناحية العملية بحصانة عن المسؤولية بالنسبة للأخطاء المتعلقة بأحكام وظيفتهم، ويحدد القانون الحالات التي يجوز فيها مساءلة القاضي عن خطئه كالغش والتدليس والغدر والخطأ المهني الجسيم الدال على الإهمال[113] في أداء الواجب، وقد نصت المادة (31) من قانون استقلال القضاء الأردني لسنة 1972 على ما يأتي:

"ترفع الدعوى التأديبية بلائحة تشمل على التهمة والأدلة المؤدية لها وتقدم للمجلس القـضائي ليصدر أمرا بدعوة القاضي للحضور أمام المجلس، وعلى المجلس مباشرة الإجـراءات خـلال خمسة عشر يوما على الأكثر".

ولكن المادة (39) من نفس القانون أوضحت هذه العقوبات وفوضت وزير العدل سلطة إيقاع هذه العقوبات فقالت المادة: العقوبات التأديبية التي يجوز فرضها على القضاة هي:

1- التنبيه الخطي الذي يقرر الوزير توجيهه وحفظه في ملف القاضي.

2- الإنذار.

3- الحسم من الراتب.

4- التنزيل للدرجة.

5- العزل.

وحيث إنه لم يشر لتعويض المتضرر من قاض مخطئ، مما أثار التساؤل لكلا المحـاميين: العرموطي والخرابشه، حيث يطالب العرموطي بضرورة تطبيق "التعويض" في حال وجود خطأ جسيم يرتكبه القاضي أثناء مزاولة وظيفته القضائية، سواء في القضايا الحقوقية أوالجزائيـة[114] ويقول: "لماذا لا يكون هناك تعويض" يتساءل العرموطي. "كل فعل بموجب القانون المدني يلحق ضرراً بالغير يلزم المتسبب بالتعويض"[115] ويتفق النائب المحـامي محمـود الخرابـشة مـع العرموطي في تحميل القاضي مسؤولية خطئه وبالتالي تحمل دفع "التعويض"[116]

قلت: وهنا يظهر لنا أن القانون الأردني نص على مساءلة القضاة حيث تتم مساءلتهم من قبل المجلس القضائي – كما سبق بيانه في المادة (31) والمـادة (39) - دون النظـر فـي دعـوى المخاصمة أو دعوى التعويض عما يصدر عن القضاة من أخطاء مكتفيا بالدعوى التأديبية ، وهذا ما أثار التساؤل عند بعض القانونيين فيما يتعلق بالأخطاء الجسيمة الصادرة عن القضاة.

المطلب الثاني: القانون السوداني

جاء في القانون السوداني بالفصل الخامس من الباب الثالث من قانون المعاملات المدنية تحت عنوان "الإضرار الشخصي الوظيفي والمهني" في المادة 160 ما نـصه: "كـل شـخص يكـون

مستخدماً لدى آخر يتولى عملا لآخر يسبب أضرارا بـالآخر أو بـالغير اسـتغلالاً لوظيفتـه أو استهتاراً بواجباتها أو إهمالاً غير مبرر في أدائها يلزم شخصياً بتعويض الـضرر الـذي سـببه للغير." (117)

وقد أشارت المادة 162 من القانون نفسه إلي نماذج مـن الإضـرار الشخـصي الـوظيفي والمهني، وسوف نركز فقط على ما ورد بالفقرتين (ب) و (ج) فالأولى تتحـدث عـن تعطيـل التحري أو الإعلان أو الفصل في القضايا أو الإخلال بـإجراءات العدالـة دون سـبب معقـول وإصدارالأحكام ضد صريح النص استهتاراً بالقانون أو استهتاراً بقصد المشروع وخروجاً علـى ضوابط الاجتهاد الفقهي أو استخفافاً بحقوق المتقاضين(118)

الأخطاء التي أشارت إليها المادة 162 من قانون المعاملات المدنية:

1- تعطيل الفصل في القضايا دونما سبب معقول.

2- تجاوز إجراءات العدالة دون سبب معقول.

3- إصدار الأحكام ضد صريح النص استهتاراً بالقانون أو استهتاراً بقصد المشرع وخروجاً على ضوابط الاجتهاد الفقهي أو استخفافاً بحقوق المتقاضين.

ويكمن استخراج ضوابط هذه الفقرة والتي لا يستقيم مساءلة القاضي فيها إلا إذا توفرت في الآتي :

أن يصدر القاضي حكمه ضد صريح النص.

1- إما استهتاراً بالقانون

2- أو استهتاراً بقصد المشرع

3- أو خروجاً على ضوابط الاجتهاد

4- أو استخفافاً بحقوق المتقاضين.

ونمثل للأولى والثانية في حالة ما إذا كان القاضي يحكم أفكاراً مغايرة لما يحمله المشرع. فقد صاحب صدور القوانين الإسلامية بالبلاد حملة شديدة من أعداء الإسلام ، وقد رأينـا مـن بـين

القضاة أنفسهم من يجاهر بالرأي ضد هذه القوانين ولذلك فلا يستبعد أبداً أن يصدر أحد القـضاة حكمه ضد صريح النص لعدم إقتناعه به أو التعارض مع ما يحمله من أفكار، فإذا حـدث هـذا وترتب عليه ضرر فإن القاضي يسأل عن التعويض في ماله الخاص(119).

4 - شروط جسامة الضرر لمساءلة شاغلي المناصب أو الوظيفة أو المهنة.

أما الثانية فتتحدث عن استغلال المنصب أو الوظيفة أو المهنة لمضايقة الغيـر أو تعريـضه لخسائر غير مشروعة أو إصدار تراخيص أو وثائق رسمية لغير مستحقيها قانوناً أو عرفاً لتحقيق منفعة شخصية غير مشروعة أو منفعة غير مشروعة للغير أو لإلحاق الضرر بالغير(120)

قلت: هذان النصان (160 و162) من قانون المعاملات المدنية حسما مسالة مسئولية القاضي وهما متمشيان تماما مع تعريف المسئولية التقصيرية الوارد بالمادة 138 من القـانون نفـسه إذ ينص على أن (كل فعل سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ولو كان غير مميز).

وهذا النص أضبط في صياغته ومضمونه إذ أن عبارة (الفعل الضار) تمتد لتـشمل الخطـأ والعمد والحالات الأخرى التي تخلو من الخطأ والعمد ومع ذلك يترتب عليها الضرر كمن يـسقط على غيره فيتلف عضواً فيه أو يتلف ماله ، وكمن يرفع يديه أثناء الحديث فيتلف عين آخـر أو يتلف مالاً من ماله. نحن الآن أمام تشريع متكامل حول المسئولية التقصيرية إذ لا يفلت شـخص أياً كان منصبه أو رفعته من هذه المسئولية.

ويقول محمد صالح علي (قاضي المحكمة العليا الاتحادية): "إن القضاء الـسوداني قـد ظـل محصناً من المسئولية المدنية والجنائية عن أحكامه القضائية منذ ميلاده في عهد الاحتلال وظلت الدولة أيضاً محصنة من هذه المسئولية وذلك لما للقضاء من مكانة متميزة ، وعلى الرغم من أن التساؤل حول هذه المسئولية كان يتلجلج في الصدور دون إبدائه إلا أنه برز الآن للوجـود بعـد صدور قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م، وأصبح الآن يمكن التحدث عن مسئولية القاضـي التقصيرية عن أخطائه التي تلازم أحكامه أحياناً ويترتب عليهـا ضـرر بالمتقاضـين علـى أن محاسبة القاضي لا تكون عن أخطائه التي يمكن أن يتصور وقوعها كما في حالة تفسير الـنص تفسيراً واسعاً أو ضيقاً وإنما تكون عن أخطائه المهنية الجسيمة التي لا يتصور وقوعها من مثله؛ ذلك لأن أخطاء القاضي المهنية عادة ما يمكن تصحيحها عن طريق المحاكم الأعلى وذلك بتدرج الحكم إليها، أما إذا كان الخطأ مما يصعب تصحيحه كما إذا تم توقيع العقوبة خطأ بالقطع حداً أو

القصاص أو بالجلد فإن الأصل أن يعوض المضرور من بيت المال أي من خزينة الدولة علـى أننا نجد في بعض أحكام القضاء ما يكون خطأ القاضي فيه فاحشاً يصعب وقوعه من مثله كما إذا وقع عقوبة غير منصوص عليها[121].

المطلب الثالث: القانون المصري

نص قانون المرافعات المصري في المادة 494 على مساءلة القاضي وما يصدر منه بـشأن المتقاضين المتضررين[122]

وهذا هو نص المادة:

مادة 494 [123]: تجوز مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة في الأحوال الآتية :

1- إذا وقع من القاضي أو عضو النيابة في عملهما غش أو تدليس أو غدر أو خطـأ مهنـي جسيم.

2- إذا امتنع القاضي من الإجابة عن عريضة قدمت له أو من الفصل في قضية صالحة للحكم وذلك بعد إعذاره مرتين على يد محضر يتخللهما ميعاد أربع وعشرين ساعة بالنسبة إلى الأوامر على العرائض وثلاثة أيام بالنسبة للأحكام في الـدعاوى الجزئيـة والمـستعجلة والتجارية وثمانية أيام في الدعاوى الأخرى.

ولا يجوز رفع دعوى المخاصمة في هذه الحالة قبل مضي ثمانية أيام على آخر أعذار.

3- في الأحوال الأخرى التي يقضي فيها القانون بمسئولية القاضي والحكم عليه بالتعويضات.

نخلص في النهاية إلى أن القوانين الوضعية نصت على مساءلة القضاة الذين يصدر بحقهـم الغش أو التدليس أو الغدر أو الخطأ المهني الجسيم ، وحيث رتبـوا علـى هـذه المخالفـات أن يصدروا بحق القضاة عدة أمور:

1- التنبيه الخطي الذي يقرر الوزير توجيهه وحفظه في ملف القاضي.
2- الإنذار.
3- الحسم من الراتب.

4- التنزيل للدرجة.

5- العزل.

6- التعويض.

المطلب الرابع: المقارنة بين الفقه والقانون

أولا: إن الفقه الإسلامي لم يهمل هذه المسألة بل أولاها حقها كغيرها من الأمور الأخرى التي تهم المسلمين. فقد أبرز الإسلام مبدأ المسئولية الشخصية عن كل عمل يصدر عن الإنسان، بـل قرر الفقهاء مبدأ المسؤولية حتى بالنسبة للقصر والمجانين ونحوهم عن كل فعـل يـصدر عنهم ويترتب عليه ضرر. ولم يمنع وفاة الشخص من التعويض من ماله فقد تقرر أنـه إذا سقطت جثة على شخص أو مال فأتلفته فإن المتضرر يعوض من مال المتوفى.

ثانيـا: لم يقف فقهاء الإسلام عند هذا الحد بل ذهبوا إلي إمكان التعويض عما يقع من الأشياء من ضرر كالحيوان والبناء والآلة، وهذا لعمري عين العدل فالحقوق كالدماء لا تـضيع هـدرا تحت ظل حكم الإسلام، ولعل هذا ما يميز الإسلام عن غيره من القوانين الوضعية.

ثالثا: يقرر الفقه الاسلامي مسؤولية القاضي عن خطئه، مسؤولية دينية أمام الله تعالى إذا انحرف عن الحكم ، ومسؤولية دنيوية إذا تعمد الجور أو الظلم فأهدر حقوق الأفـراد وحريـاتهم، فيلزمه الضمان في ماله، وهذه الضمانة تحمي حقوق الأفراد وحرياتهم من أن يعسف بهـا الحكام ويمالئهم القضاة في ذلك[124].

أما المسؤولية الدينية فيقرره حديث المصطفى _صلى الله عليه وسلم_ : "القضاة ثلاثة واحـد في الجنة واثنان في النار فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فقضى به ورجل عرف الحـق فجار في الحكم فهو في النار ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار "[125]، وأما المسؤولية الدنيوية فتتمثل في الضمان المالي على ما اتلف بسبب الجور في الحكم ، والتعزيـر، والعـزل، ونقض الحكم[126].

خلافا لما ذكر عند القانونيين في مساءلة القضاة ، إذ إن دائرة المساءلة ضيقة ضـمن أمـور محدودة.

الخاتمة

من خلال معايشتي لهذا البحث ظهر لي عند الفراغ من البحث نتائج مفيدة، منها ما هو عام، ومنها ما هو خاص، ومن أبرزها ما يلي:

أولا: النتائج العامة:

1- القضاء بين الناس مرتبة شريفة تولاها رسل الله صلوات الله وسلامه عليهم، ولا بأس بها لمن اجتمعت فيه الشروط وانتفت عنه الموانع، والناس يتفاوتون في أفهامهم، قال تعالى: ﴿ وَدَاوُودَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ (78) فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا وَسَخَّرْنَا مَعَ دَاوُودَ الْجِبَالَ يُسَبِّحْنَ وَالطَّيْرَ وَكُنَّا فَاعِلِينَ ﴾(127).

2- القضاء بين الناس بغير علم أو بجور وميل خطره عظيم؛ لأنه كما قال رسول الله ﷺ: "القضاة ثلاثة واحد في الجنة واثنان في النار فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فقضى به ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار".

3- شريعة الله تعالى لم تترك أي حيثية في الدين الاسلامي إلا ووضعت لها حلا إما جبرا وإما زجرا، ومن ذلك جور القاضي وخطؤه، فإن جار على الناس في حكمه ترتب عليه تحمل وزر نفسه لما ترتب عليه من آثام، وإن أخطأ في اجتهاده ولم يقصر وبذل قصارى جهده ووسعه في استقصاء ما يتعلق في المسألة من جميع جوانبها، كان له أجر ما اجتهد، وكان ضمان خطئه في بيت المال. بخلاف ما لو ثبت تقصير القاضي وقعوده عن التقصي فيما هو مطروح أمامه كان ضامنا لما أفسده بقضائه.

ثانيا: النتائج الخاصة

1- معرفة الصور التي ظهر فيها خطأ القاضي في النفس وما دونها والعرض والمال.

2- رجحان تضمين القاضي فيما يتعلق بحقوق الله ، وحقوق العباد.

3- الضمان المترتب على القاضي في الدية والكفارات... محله بيت المال.

4- هناك بعض الضمانات محلها مختلف فيه ، منها ما يكون على المحكوم له ، ومنهـا مـا يكون على الشهود ، ومنها ما يكون على بيت المال.

5- خطأ الحكم في الأمور المالية لا ضمان على القاضي فيه.

6- وجود بعض القوانين التي عملت على مساءلة القاضي عن أخطائه.

وفي الختام أوصي كل من يتولى القضاء ، الحكم بالحق والتحذير من إتبـاع الهـوى، قـال تعـالى: ﴿ يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلۡنَٰكَ خَلِيفَةٗ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَٱحۡكُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ بِٱلۡحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ ٱلۡهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِۚ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ لَهُمۡ عَذَابٞ شَدِيدُۢ بِمَا نَسُواْ يَوۡمَ ٱلۡحِسَابِ ﴾ (128). القضاء اتباع ما فـي كتـاب الله ثـم القضاء بسنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ثم بحكم أئمة الهدى ثم استـشارة ذوي العلـم والرأي.

هذا وما كان فيه من صواب فمن الله وحده، وما كان من سهو أو خطأ أو نسيان فمني ومـن الشيطان، والله ورسوله منه براء وهذا شأن أي عمل بشري يعتريه الخطأ والصواب، فإن كان صواباً فادع لي بالقبول والتوفيق، وإن كان ثم خطأ فاستغفر لي، وإن وجدت العيب فسد الخلـلا جل من لا عيب فيه وعلا

فاللهم اجعل عملي كله صالحاً ولوجهك خالصاً، ولا تجعل لأحد فيه نصيب، والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

الهوامش

1. القرافي: شهاب الدين أبو العباس احمد بن ادريس الصنهاجي، الذخيرة، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، الدار البيضاء، ط1، 1994م، ج1، ص55.
2. أيمن علي صالح ، حكمة ضمان الفعل الضار وأثرها في تحديد موجباته في الفقه الإسلامي ، الـدليل الالكتروني للقانون العربي ، **www. Arablawinof.com** ، ص1 .
3. الزرقا: مصطفى احمد، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، دمـشق، ط10، 1387هـ ـ/1968م، ج1، ص13.
4. أيمن علي صالح ، حكمة ضمان الفعل الضار وأثرها في تحديد موجباته في الفقه الإسلامي ، ص1 .

5. علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي ، القسم الأول ، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة 1971 ص9 وما بعدها.

6. سورة الأنبياء، آية : 78 - 79.

7. محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري ، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق : أحمد محمد شاكر ، مؤسسة الرسالة ، ط1 ، 1420 هـ - 2000 م ، 479-474/18 .

8. محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي ، التحرير والتنوير المعـروف بتفسير ابن عاشور ، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت – لبنان ، ط1، 1420هـ ـ/2000م ، 85/17 .

9. سورة الأحزاب، من آية:5.

10. سورة البقرة، من آية:286.

11. ابن ماجة، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني سنن ابن ماجة ، تحقيـق : بـشار عـواد معروف، دار الجيل ، ط1، 1418هـ ، 1998م ، كتاب الطلاق، بـاب طـلاق المكـره والناسي حديث رقم: 2045، 445/3 . جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي (المتوفى : 762هـ) ، قال الزيلعي : " ورواه ابن حبان في "صحيحه" في النـوع الثامن والستين، من القسم الثالث عن عطاء بن أبي رباح عن عبيد بن عمير عن ابن عباس مرفوعا، وكذلك الحاكم في "المستدرك في الطلاق"، وقال: صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه "نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي ، ، قدم للكتاب: محمد يوسف البنُوري ، صححه ووضع الحاشية : عبد العزيز الديوبندي الفنجاني، إلى كتاب الحج ، ثم أكملها محمد يوسف الكاملفوري ، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر - بيروت -لبنان/ دار القبلة للثقافة الإسلامية- جـدة – الـسعودية، ط1، 1418هـ/1997م ، 64/2 .

12. ابن رجب، أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد الحنبلي، جامع العلوم والحكم، دار المعرفـة – بيروت، الطبعة الأولى ، 1408هـ ، 374.

13. البخاري، الجامع الصحيح المختصر، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا أستاذ الحديث وعلومه في كلية الشريعة - جامعة دمشق، دار ابن كثير، اليمامة - بيروت ، الطبعة الثالثة، 1407 – 1987 ، مع الكتاب: تعليق د. مصطفى ديب البغا، حديث رقم: 6919، ج6، ص2676.

14. البخاري، الجامع الصحيح المختصر، تحقيق : د. مصطفى ديب البغا ، حديث رقم: 6748، ج6، ص 2622.

15. عبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، عمـادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنـورة، المملكـة العربيـة الـسعودية، ط1، 1423هـ/2003م ، 723/2 .

16. السنن الكبرى وفي ذيله الجوهر النقي لـ (علاء الدين علي بن عثمان المارديني الـشهير بابن التركماني) ، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي ، مجلـس دائـرة المعـارف النظامية الكائنة في الهند ببلدة حيدر آباد ط1، 1344 هـ ، كتاب النفقات ، باب الِاثْنَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ يَقْطَعَانِ يَدَ رَجُلٍ مَعًا ، حديث رقم : 16399 ، 41/8 .

17. الزركشي ، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن عبد الله المـصري الحنبلـي ، (722هـ ـ/ 772هـ) ، شرح الزركشي على مختصر الخرقي ، قدم له ووضع حواشيه: عبـد المـنعم خليل إبراهيم ، دار الكتب العلمية ، لبنان/ بيروت، 1423هـ - 2002م ، 419/3.

18. سورة الأحزاب : من آية : 5.

19. سورة الإسراء، من آية : 31.

20. سورة يوسف، من آية : 97.

21. ابن منظور ، لسان العرب 65/1-68 .

22. ابن رجب ، أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد الحنبلي ، جامع العلوم والحكم، دار المعرفة – بيروت، الطبعة الأولى ، 1408هـ ، 374.

23. الجرجاني ، علي بن محمد بن علي ، التعريفات ، تحقيق : إبراهيم الأبياري ، دار الكتـاب العربي - بيروت ، الطبعة الأولى ، 1405هـ ، 134.

24. ابن منظور: لسان العرب، ج13، ص257، المادة ضمن.

25. الخفيف: علي، الضمان في الفقه الإسلامي، معهد البحوث والدراسات العربيـة، القـاهرة، 1971م، ص4،3.

26. المرجع السابق، ص5.

27. كما هو الحال في القوانين، المصري والعراقي والسوري. أنظر: الزرقاء: مصطفى، الفعل الضار والضمان فيه، دار القلم، دمشق، ط1، 1409هـ=1988م، ص61.

28. قال الدكتور وهبة الزحيلي: "التعدي، لغة، تجاوز الحد، ويراد به عند الفقهاء: معنى الظلـم والعدوان ومجاوزة الحق، وضابطه هو انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد، أو انه العمل الضار بدون حق أو جواز شرعي، كما قال إبن نجيم في الأشباه". ثم نقل الزحيلـي عن مخطوط للدكتور فوزي ضيف الله قال فيه بأن التعدي هو: "مجـاوزة مـا ينبغـي أن يقتصر عليه شرعا أو عرفا أو عادة". الزحيلي: وهبة، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، 1982م=1402هـ، ص18.

29. الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج2، ص1032، ف648.

30. الزحيلي، نظرية الضمان، ص15.

31. مجلة البحوث الإسلامية - مجلة دورية تصدر عن الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد – ضمن بحث : البئر وضمانه ، ياسين بن ناصر الخطيب ، 56 / 236-237.

32. ابن قدامة: موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، تحقيق، عبد الله عبـد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، الرياض، دار عالم الكتـب، ط4، 1419هـ - 1999م، 72/7. الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج2، ص1032، ف648. الخفيف: علـي، الضمان في الفقه الإسلامي، ص4،3. الزحيلي، نظرية الـضمان، ص15. محمـد فـوزي فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، مكتبة التراث الإسلامي، الكويـت، ط\1، 1403هـ \ 1983 م، ص 14.

33. مجلة البحوث الإسلامية - ضمن بحث : البئر وضمانه ، ياسين بن ناصر الخطيب ، 56 / 236-237.

34. المرجع السابق ، 56 / 237.

35. القرافي : الفروق ، 41/4، الدسوقي : محمد عرفة ، حاشية الدسوقي ، مصر ، دار إحيـاء الكتب العربية عيسى البابي وشركاؤه ، د.ط ، د.ت ، 503/4 .

36. القرافي : شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أدريس الصنهاجي ، الفروق ، بيروت ، عـالم الكتب ، د ط ، د ت ، 41/4 ، الدسوقي : حاشية الدسوقي ، 503/4 .

37. القرافي : الفروق ، 41/4، الدسوقي : حاشية الدسوقي ، 503/4 .

38. النووي : محيي الدين يحيي بن شرف، روضة الطالبين، بيروت، المكتب الإسلامي، ط3 ، 1412هـ - 1991م ، 184/10.

39. القرافي: الفروق، 40/4-41 ، النووي : روضة الطالبين، 150/11.

40. أبو داود :سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي ، سنن أبي داود ، تحقيق: محمـد محيـي الدين عبد الحميد، دار الفكر / بيروت، مع الكتاب: تعليقات كمال يوسفْ الحوت والأحاديث مذيلة بأحكام الألباني عليها. وقال الشيخ الالباني : حديث صحيح ، كتاب النكاح ، باب فـي الولي ، حديث رقم : 2083 ، 4- (ج 1 / ص 634).

41. القرافي: الفروق ، 40/4 .

42. الكاساني: بدائع الصنائع ، 459/5-460.

43. السرخسي : المبسوط ، 162/24 .

44. النووي : روضة الطالبين ، 151/11.

45. المرجع السابق ، 151/11.

46. المرجع السابق ،151/11.

47. الكاساني : بدائع الصنائع ، 458/5 .

48. الكاساني : بدائع الصنائع ، 457/5، ابن عبد البر ، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمـد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى : 463هـ ، الكافي في فقه أهل المدينة ، تحقيق : محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني ، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية ، ط2، 1400هـ ـ/1980م ، 959/2 ، القرافـي : الفـروق ، 40/4 ،

الدسوقي : حاشية الدسوقي ، 153/4 ، المطيعي : تكملة المجموع ، 360/22، النـووي : روضة الطالبين ، 150/11، ابن قدامة : المغني ، 34/14، البهـوتي : كـشاف القنـاع ، 3222/5.

49. سورة النساء ، من آية :11 .

50. القرافي : الفروق ، 40/4 ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، 62/1 ، الحطـاب : مواهـب الجليل ، 135/6 ، الدسوقي : حاشية الدسوقي ، 153/4 .

51. ا لدسوقي : حاشية الدسوقي ، 153/4 .

52. القرافي : الفروق ، 41/4، ابن فرحون ، تبصرة الحكـام ، 62/1 ، الدسـوقي : حاشـية الدسوقي ، 153/4 .

53. النووي : روضة الطالبين ، 150/11.

54. القرافي : الفروق ، 40/4 ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، 62/1 ، الدسـوقي : حاشـية الدسوقي ، 153/4 .

55. المواق : أبو عبد الله محمد بن يوسف العبدري ، التاج والإكليل لمختصر خليـل بهـامش مواهب الجليل ، بيروت ، دار الفكر ، ط3 ، 1412هـ - 1992م ، 135/4 .

56. المرجع السابق ، 135/4 .

57. الحطاب : مواهب الجليل ، 136/6، الدسوقي : حاشية الدسوقي ، 154/4.

58. ابن عابدين : محمد أمين عمر ، رد المحتار شرح المختار (حاشية ابن عابدين) ، الرياض ، دار عالم الكتب ، طبعة خاصة ، 1423هـ ، 2003م ، 113/5 ، القرافي : الفـروق ، 41/4 .

59. الامام مالك : مالك بن أنس ، المدونة الكبرى ، بيـروت ، دار صـادر ، ط1 ، د.ت ، 239/6 ، القرافي : شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أدريس الصنهاجي ، الذخيرة ، تحقيق : محمود أبو خبزة ، بيروت ، دار الغرب الإسلامي ، ط1 ، 1994م ، 138/10 ، الحطاب : محمد بن محمد ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليـل ، بيـروت ، دار الفكـر ، ط3 ،

1412هـ - 1992م، 201/6 ، ابن قدامة : المغني ، تحقيق ، عبـد الله عبـد المحـسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو ، 256/14.

60. السرخسي : أبو بكر محمد بن أحمد ، المبسوط ، تحقيق : سمير مصطفى رباب ، بيروت ، دار إحياء التراث العربي ، ط1 ، 1422هـ - 2002م ، 65/26 ، الكاساني : علاء الدين أبو بكر بن مسعود ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، تحقيق : محمد عدنان بن ياسـين درويش ، بيروت ، دار إحياء التراث العربـي ، ط2 ، 1419هـ - 1998 م، 459/5 ، الامام مالك : المدونة ، 239/6 ، القرافي : الذخيرة ، 138/10 ، الحطاب : مواهب الجليل ، 201/6 ، ابن قدامة : المغني ، 256/14.

61. ابن قدامة : المغني ، 256/14.

62. الكاساني : بدائع الصنائع ، 436/5 .

63. الامام مالك : المدونة ، 239/6 ، الدسوقي : حاشية الدسوقي ، 155/4، ابن جزي : أبـو القاسم محمد بن أحمد الغرناطي ، القوانين الفقهية ، بيروت ، المكتبة الثقافية ، ص341 .

64. الآبي : صالح عبد السميع الأزهري ، جواهر الإكليل شرح مختـصر خليـل ، القـاهرة ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، ط2 ، 1366هـ - 1947م ، 201/6 .

65. ابن قدامة : المغني ، 256/14.

66. النووي : روضة الطالبين ، 183/10 ، ابن قدامة : المغني ، 257/14.

67. الآبي :جواهر الإكليل ، 136/6 .

68. السرخسي :المبسوط ، 63/9 .

69. صحيح البخاري م ت البغا/6 - كتاب المغازي ،باب بعث النبي صلى الله عليه و سلم خالد بن الوليد إلى بني جذيمة، حديث رقم: 4084 ، (ج 4 / ص 1577)

70. صحيح البخاري، ت البغا/6 - (ج 6 / ص 2628) .

71. صحيح البخاري ،ت البغا/6 – كتاب التفسير ،باب { ولا تقولوا لمن ألقى إليكم السلام لست مؤمنا} حديث رقم :4315 ، (ج 4 / ص 1677) .

72. سورة النساء ، آية : 94 .

73. القرطبي : أبو عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري ، الجامع لأحكام القرآن ، تحقيق : عبد الرزاق المهدي ، بيروت ، دار الكتاب العربي ، ط5 ، 1423هـ - 2003م ، 336/5 .

74. الكاساني : بدائع الصنائع ، 459/9 ، ابن قدامة : المغني ، 256/14.

75. البهوتي : منصور بن يونس ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، تحقيق : ابراهيم أحمد عبد الحميد ، الرياض ، دار عالم الكتب ، طبعة خاصة ، 1423هـ - 2003م، 2923/5 .

76. المطيعي : محمد بخيت ، تكملة المجموع ، بيروت ، دار إحياء التراث العربي ، طبعة جديدة مصححة ، 1415هـ - 1995م، 566/20 ، ابن قدامة : المغني ، 256/14 .

77. ابن قدامة : المغني ، 257/14.

78. مغيبة : اي زوجها غائب ، يقال اغابت المراة فهي مغيب ومغيبة ، الفيومي : أحمد بن محمد المقري ، المصباح المنير ، بيروت ، المكتبة العلمية ، د.ط ، د.ت ، 485/2 .

79. الصنعاني : أبو بكر عبد الرزاق بن همام ، مصنف الآثار ، تحقيق : حبيب الرحمن الأعظمي ، بيروت ، المكتب الإسلامي ، ط2 ، 1423هـ، 458/9 .

80. النووي : روضة الطالبين ، 183/10 ، ابن قدامة : المغني ، 257/14 .

81. أشار إليه البيهقي في السنن الكبرى بصيغة التمريض ، 107/8، (أبو بكر ، أحمد بن حسين بن علي ، تحقيق : محمد عبد القادر عطا ، بيروت ، دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1414هـ - 1994م) وقال ابن حجر في التلخيص 37/4 : وهذا الحديث منقطع بين الحسن وعمر ، لأن الحسن لم يدرك عمر . (أحمد بن علي العسقلاني ، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ، تحقيق : عبد الله هاشم اليماني ، دار أُحد ، المدينة المنورة ، د.ط ، 1384هـ) .

82. ابن قدامة : المغني ، 257/14 .

83. الآبي : جواهر الإكليل ، 136/6 .

84. الكاساني : بدائع الصنائع ، 436/5 .

85. الكاساني : بدائع الصنائع ، 436/5 .

86. الكاساني : بدائع الصنائع ، 436/5 .
87. القرافي : الفروق ، 41/4.
88. الكاساني : بدائع الصنائع ، 436/5 ، السمناني : علي بن محمد بن أحمد الرحبي ، روضة القضاة ، تحقيق : صلاح الدين الناهي ، بيروت ، مؤسسة الرسالة ودار الفرقان بعمـان ، ط2 ، 1404هـ ، 157/1 .
89. ابن قدامة : المغني ، 258/14.
90. البهوتي : كشاف القناع ، 6/ 306 ، البهوتي : منصور بن يونس ، شرح منتهـى الإرادات ، تحقيق : عبد الله عبد المحسن التركي ، بيروت ، مؤسسة الرسالة ،1421هـ - 2001م ، 565/6 .
91. الكاساني : بدائع الصنائع ، 436/5 ، ابن رجب : أبو الفرج عبد الرحمن الحنبلي ، القواعد ، مصر ،مطبعة الصدق الخيرية ، ط1 ، 1352هـ ، ص218 .
92. النووي : روضة الطالبين ، 308/11 ، ابن قدامة : المغني ، 259/14-260.
93. النووي : روضة الطالبين ، 309/11.
94. ابن قدامة : المغني ، 256/14 ، ابن رجب : القواعد ، ص258 .
95. الآبي : جواهر الإكليل ، 201/6 .
96. ابن رجب : القواعد ، ص218.
97. الكاساني : بدائع الصنائع ، 119/9 ، ابن قدامة : المغني ، 256/14.
98. النووي : روضة الطالبين ، 308/11.
99. ابن قدامة : المغني ، 256/14 .
100. النووي : روضة الطالبين ، 309/11 ، المطيعي : تكملة المجموع ، 228/23.
101. المطيعي : تكملة المجموع ، 228/23.
102. القرافي : الفروق ، 40/4 ، النووي : روضة الطالبين ، 151/11 ، ابن قدامة : المغني ، 34/14-38 .

103. ابن قدامة : المغني ، 14/254-256 .

104. الكاساني : بدائع الصنائع ، 5/428.

105. الإمام مالك : المدونة الكبرى ، 6/240 ، الحطاب : مواهب الجليل ، 6/136، الدسوقي : حاشية الدسوقي ، 4/154 ، ابن القيم : محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبـد الله ، إعلام الموقعين عن رب العالمين ، ، تحقيق :محمد محيي الدين عبد الحميد بيروت ، دار الفكر ، ط2 ، 1397هـ ، 1977م ، 4/227.

106. ابن حجر : فتح الباري ، 13/ 211 .

107. الكاساني : بدائع الصنائع ، 5/459، القرافي : الذخيرة ، 10/143 ، ابن قدامة : المغني ، 14/258.

108. الكاساني : بدائع الصنائع ، 5/459، ابن رجب : القواعد ، ص218 القاعـدة 95 ، ابـن قدامة : المغني ، 14/258-259 .

109. ابن قدامة : المغني ، 14/258 .

110. ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، 1/67 .

111. سبق تخريجه .

112. مفلح القضاة : أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي في الأردن ، ط2 ، 1988م ، عمان ، دار الثقافة ، ص106.

113. ياسين : محمد نعيم ، حجية الحكم القضائي بين الشريع الاسلامية والقوانين الوضـعية ، دار الفرقان ، عمان/الاردن ، ط1، 1984م ، ص86. وانظر : قانون اسـتقلال القـضاء لسنة 2001 وتعديلاته ، المنشور على الصفحة 1279 من عدد الجريدة الرسـمية رقـم 4480 تاريخ 2001/3/18 ، آخر تعديل بموجب لقانون المؤقت المعدل رقم 77 لـسنة 2003 .

114. موقع عمان نت .

115. المرجع السابق .

116. المرجع السابق .
117. شبكة مجالس العرب ، مجالس الثقافة والفكر والأدب ،المجلس الثقافي ،مجلس القانـون.
118. المرجع السابق .
119. المرجع السابق .
120. المرجع السابق .
121. المرجع السابق .
122. مفلح القضاة : أصول المحاكمات المدنية، ص106.
123. منتديات الخطيب ، الأقسام القانونية ، قانون المرافعات .
124. منير البياتي ، النظام السياسي الاسلامي مقارنا بالدولـة القانونيـة ، ط2 ، 1994م ، دار البشير ، عمان /الاردن ، 301 ، 303.
125. أبو داود ، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي سنن أبي داود ، تحقيق : محمد محيـي الدين عبد الحميد ، دار الفكر / بيروت ، مع الكتاب : تعليقات كمـال يوسـفْ الحـوت والأحاديث مذيلة بأحكام الألباني عليها ، كتاب الأقضية، باب في القاضي يخطىء ، حديث رقم : 3573 ، 322/2. قال أبو داود هذا أصح شىء فيه يعني حديث ابن بريدة القضاة ثلاثة . قال الشيخ الألباني : صحيح (انظر : المرجع نفسه) .
126. منير البياتي ، النظام السياسي الاسلامي مقارنا بالدولـة القانونيـة ، ط2 ، 1994م ، دار البشير ، عمان /الاردن ، 301 ، 303.
127. سورة الأنبياء، آية : 78 - 79.
128. سورة ص، آية : 26.